SEÑORA PRESIDENTA.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Son las 13:10).

–Dese cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes).

«*Mail* del doctor Charles Carrera, Director General de Secretaría del Ministerio del Interior, donde solicita ser convocado con el Comisionado Parlamentario, para conversar sobre la redacción del artículo 288 del Código del Proceso Penal. (enviado por correo electrónico el 17 de agosto)».

–Quiero aclarar que nosotros ya votamos este artículo y está en la Cámara de Representantes. Entonces, le estaríamos pidiendo al doctor Charles Carrera que, junto con el Comisionado Parlamentario, concurra a la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la otra rama parlamentaria a los efectos de plantear una eventual modificación del artículo 288.

Continuamos dando cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes).

«Nota del señor Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, doctor Jorge Díaz de 17 de agosto de 2017, comunicando su imposibilidad de asistir a la sesión del 15 de agosto y a la sesión del día de hoy. (Enviada por correo electrónico el 18 de agosto).

Mail enviado por un grupo de trabajadores mayores de sesenta años que desempeñan tareas bonificadas planteando su situación. (Enviado por correo electrónico el 21 de agosto)».

–Creo que este último asunto entrado, es decir, el *mail* de los trabajadores sesentones –por decirlo de un modo coloquial–, deberíamos remitirlo a la Comisión de Asuntos Laborales que, eventualmente, trataría la reforma previsional para la cohorte de los cincuentones.

A continuación, la comisión va a recibir a la Fiscalía General de la Nación, sin la presencia del doctor Jorge Díaz, para analizar los tres textos que tenemos sobre las modificaciones al Código del Proceso Penal, que esperemos que sean las últimas antes del 1.º de noviembre.

Uno de los textos es el que dice: «Artículos prioritarios y de mera redacción para modificar el CPP y otras normas». Habíamos empezado a trabajar sobre algunos artículos con la doctora Marquisá, y la idea es poder terminar de analizar todo el articulado en el día de hoy.

SEÑOR MICHELINI.- ¿Tenemos un texto comparativo?

SEÑORA PRESIDENTA.- Sí; el comparativo es el distribuido n.º 1381, carpeta n.º 864, que contiene aquellos 94 artículos que vinieron de la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, nosotros hicimos un recorte de los artículos que a nuestro entender era imprescindible aprobar antes del 1.º de noviembre.

Para poder trabajar con el comparativo y el texto enviado por el Frente Amplio, quiero advertir que hay una diferencia de numeración. Para evitar los problemas de numeración –porque el texto presentado por el Frente Amplio numera desde el 1 hasta el final las modificaciones que fueron

extraídas del documento madre donde estaban todos los artículos– siempre vamos a referirnos al número del artículo del Código del Proceso Penal que se modifica, que es la referencia que es igual entre el texto comparativo y el original.

El segundo texto contiene las propuestas del señor senador Mires de artículos a ser incorporados a estas modificaciones del Código del Proceso Penal, que fueron repartidas en la comisión y también a la fiscalía para que opine.

El tercer texto es el que trajo la doctora Gatti sobre el doble juez. En la última sesión contamos con la presencia de la Suprema Corte de Justicia, cuando planteó lo que yo llamo, también coloquialmente, el tema del «doble juez». Este texto se envió por correo electrónico y fue repartido. Se denomina: «Modificaciones propuestas con relación a la existencia del doble juez –juez de garantía y de juicio– y el sistema de registro de audio, Audire. Los textos presentados por el señor senador Mieres y por la Suprema Corte de Justicia son más chicos, pero igualmente deberían ser incorporados en este comparativo. Me acota la secretaría que no vamos a contar con un nuevo comparativo hasta que no se haya explicado y visto todo: el texto presentado, las propuestas del senador Mieres y las de la Suprema Corte de Justicia. Apenas tengamos todo esto, para votar tendremos un comparativo.

Antes de recibir a las autoridades de la Fiscalía General de la Nación, quiero informar que tenemos para tratar varios artículos modificativos del Código de Proceso Penal. En la numeración original serían los artículos 96, 106, 111, 135, 137, 142, 158, 164, 169, 213, 214 y 230. Las modificaciones del 260 en adelante ya fueron tratadas en la comparecencia anterior. Luego tenemos los artículos 367, 382, 394 y otros que quedaron sueltos. A su vez, hay que agregar los artículos del senador Mieres.

(Ingresan a sala las autoridades de la Fiscalía General de la Nación).

–Damos la bienvenida por segunda vez a las autoridades de la Fiscalía General de la Nación, doctoras Patricia Marquisá y Adriana Sampayo, y doctor Ariel Cancela. Esperemos que no haya una tercera convocatoria, pero no les prometemos nada porque estamos con los tiempos un poco justos debido a que estamos considerando la Rendición de Cuentas. En el día de hoy vamos a reunirnos hasta las 14:50 o 14:55 porque tenemos que volver a la Comisión de Presupuesto; veremos si podemos terminar con el articulado que ya les fue presentado más las propuestas del señor senador Mieres, que también les fueron repartidas.

(Se suspende momentáneamente la versión taquigráfica).

SEÑORA MARQUISÁ.- Para continuar con la forma de estudio que habíamos estructurado desde la fiscalía, propongo terminar con uno de los ejes temáticos que nos quedaban –que era todo el tema de la prueba–, para luego abordar y dar una opinión sobre los artículos que no se corresponden con ninguno de los ejes plantados por nosotros.

SEÑORA PRESIDENTA.- De acuerdo, doctora Marquisá. Entonces, ¿qué artículo corresponde pasar a considerar?

SEÑORA SAMPAYO.- Tendríamos que retomar el análisis con el artículo 144 del código.

SEÑORA PRESIDENTA.- Que corresponde al artículo 22 del proyecto presentado por el Frente Amplio.

SEÑORA MARQUISÁ.- El *nomen iuris* del artículo sancionado es «Medios de prueba», pero nosotros proponemos sustituirlo por «Reglas Probatorias».

El acápite es prácticamente igual, pero proponemos agregar –tampoco está en el articulado proyectado– la referencia a la Constitución. De esta forma, el artículo podría quedar redactado así:

«Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para el caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la Constitución o la ley». La Constitución no había quedado referenciada en esta nueva versión. Más allá de esta modificación, el acápite sería el mismo.

Nosotros queremos reforzar en este proyecto de ley la distinción entre lo que significa la evidencia y la prueba. Justamente, en estos sistemas hay que diferenciar bien la evidencia, que se recolecta en la etapa indagatoria, de investigación, de lo que significa la prueba, que es aquella que se produce en el momento del juicio oral. Para ello se establecen algunas reglas que de alguna manera aclaran el sistema. En primer lugar, es el ministerio público el que tiene la carga de recolectar esa evidencia y, en definitiva, de probarla después en un juicio; el imputado y la defensa también lo pueden hacer. En este caso, el ministerio público debe actuar con buena fe y objetividad porque, como decíamos, algunos artículos refieren a que toda aquella evidencia que va recogiendo el ministerio público tiene que hacérsela conocer a la defensa.

Entonces, en el código también se hace referencia a los principios de objetividad y buena fe –también determinados en el estatuto de los fiscales–, aludiendo a cómo debe actuar cada fiscal en el momento de recoger la prueba y de comunicarla luego a la defensa.

El literal b) dice que «el imputado y su defensa podrán recolectar sus propias evidencias».

En algún artículo también hacíamos referencia –260 del código– a lo que sucede cuando la defensa solicita una prueba del fiscal y este no la otorga por entender que no es conducente. De alguna manera acá se reedita esa situación. Es decir que la defensa puede recoger su propia prueba, pero también puede solicitarle al ministerio público aquella que necesite, por ejemplo, una autorización judicial.

El literal c) establece que los jueces no podrán realizar actividad probatoria alguna. Esta es una de las características fundamentales de estos sistemas: quienes recogen la prueba son las partes y el juez no puede intervenir. La recolección de prueba no está en manos del Poder Judicial, de los jueces.

El último numeral prevé la posibilidad de los acuerdos probatorios. Esta situación también se presenta en el artículo 268, que establece la audiencia control de la acusación, en la que también se da la posibilidad de que las partes puedan arribar a acuerdos probatorios cuando se dan por admitidos ciertos hechos y no deberán probarse en el juicio.

Entonces, lo que hace este artículo es enumerar las reglas probatorias, es decir, cómo se va a ir al juicio oral. Ese es el agregado que entendemos pertinente realizar en ese articulado.

SEÑOR BORDABERRY.- Me surgen una serie de dudas porque todas estas reglas probatorias no estaban en el código que fue aprobado. Entonces, supongo que esta propuesta es de la fiscalía, ¿o proviene de la comisión interinstitucional?

Por otra parte, da la impresión de que hubiera sido la fiscalía la que lo redactó, y me parece que sería bueno equiparar un poco las partes. En el literal a) se dice que la recolección de los elementos de prueba estará a cargo del Ministerio Público, que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe, y en el siguiente literal se indica que el imputado y su defensa podrán recolectar sus propias evidencias y sólo recurrirán al Ministerio Público si fuese necesaria su intervención. Entonces, en realidad la recolección de las pruebas está a cargo del Ministerio Público y también del imputado, lo cual es lógico; ¡bueno sería que el imputado no pudiera recolectar sus propias pruebas! Pero como en principio se dice que estará a cargo del Ministerio Público, parece como que solamente este puede estarlo.

Por su parte, en el literal c) se establece que los jueces no podrán realizar actividad probatoria ni incorporar de oficio evidencia alguna; entiendo que en estos casos los jueces solamente fallan.

Reitero una vez más que nunca ejercí en materia penal sino en civil, y en esta los jueces pueden dictar medidas para mejor proveer, que muchas veces son esenciales para la dilucidación del juicio porque quizás el magistrado entiende que hay algo que ninguna de las partes probó y que, de existir, le haría inclinar la balanza hacia un lado u otro. No sé cómo es en materia penal, pero si el juez entiende que hay una prueba que es fundamental y no se presentó, ¿por qué vedarle la posibilidad de hacerlo? No digo que esté o no de acuerdo; solo lo pregunto por desconocimiento de la materia penal.

SEÑORA MARQUISÁ.- Ante todo, quiero señalar que la totalidad de los artículos que vamos a comentar fueron redactados en el seno de la comisión interinstitucional; ninguno de ellos fue planteado por la fiscalía. Es más, todos lograron consenso en la comisión, pero sucede que al momento de presentar el proyecto, la Suprema Corte de Justicia hizo una opción porque entendía que no era oportuno pero quienes integraban esa comisión en nombre del Poder Judicial –en este caso, las doctoras Gatti y Acuña– participaron en todas estas instancias y los todos los artículos fueron consensuados.

Con relación al literal a), que establece que la recolección de los elementos de prueba estará a cargo del Ministerio Público, tiene que ser así y no puede ser de otra manera; el que tiene la carga de probar es el Ministerio Público. La defensa no tendría por qué probar la inocencia o culpabilidad de su defendido. Es el Ministerio Público el que está obligado a probar, y si este no recoge evidencia y no prueba, el juez tendrá que liberar a la persona que quizás esté detenida y vaya a transitar por un proceso penal. O sea, no hay opción; es el Ministerio Público el que tiene la carga probatoria. Reitero: tiene que tenerla. Lo que se establece acto seguido es que las defensas también pueden recoger su propia prueba. Esta es una garantía de este nuevo sistema que no existe en el actual, en el cual las defensas poca cosa pueden hacer. Esa es la realidad. En este sistema se va a transitar por un proceso en el que hay partes, y cada una de ellas podrá presentar su propia prueba. Ese es el significado de este artículo.

Por otra parte, se señala –de alguna manera lo dijimos en la sesión pasada– que como la carga la tiene el Ministerio Público –es el director de la investigación–, cuando por parte de la defensa exista la necesidad de alguna diligencia probatoria que requiera una autorización judicial, tendrá que solicitársela al Ministerio Público para que este la haga suya a través de una orden judicial. Si no lo hiciera, el artículo 260 prevé la posibilidad de que la propia defensa pueda ir directamente ante el juez y hacer la solicitud de la prueba que entienda pertinente.

Por último, en cuanto a la pregunta de si los jueces pueden tener actividad probatoria, siguiendo la lógica de los sistemas acusatorios, los jueces no tienen actividad probatoria alguna. En realidad es una garantía más para las partes, porque lo que hace es preservar la imparcialidad de los jueces. Es más, si un fiscal no recoge la evidencia necesaria o, llegado el juicio, no produce la prueba necesaria, el juez tiene esos elementos para determinar. No tiene por qué realizar ninguna actividad probatoria; le está vedado en todos estos sistemas. Será carga de la fiscalía munirse de la evidencia y de la prueba a producir en el juicio, y si no, lamentablemente la fiscalía perderá el juicio.

SEÑOR BORDABERRY.- Si he comprendido bien, acá hay dos conceptos procesales distintos. Uno refiere a quién tiene la carga de la prueba –que es, obviamente, quien acusa, la fiscalía–, de la cual se derivan consecuencias muy importantes. Si el que tiene la carga de la prueba no logra probar lo que afirma, pierde el juicio. Ahora, una cosa es esa consecuencia procesal lógica, y otra, muy distinta, es la recolección de la prueba. La doctora Marquisá dice que el literal a) está dispuesto de esta forma porque tiene la carga de la prueba, pero los dos literales, el a) y el b) hablan de la recolección de prueba. Por lo tanto, el literal a) de este artículo debería decir: «La carga de la prueba es del Ministerio Público», y el b) debería establecer lo siguiente: «Tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensa podrán recolectar sus propias evidencias».

Son dos conceptos distintos: por un lado está la carga de la prueba y, por otro, la recolección de la prueba. Si interpreté bien la respuesta, me parece que acá están mezclados los dos conceptos.

SEÑORA PRESIDENTA.- Si la doctora Marquisá no tiene inconvenientes, le daríamos primero la palabra al senador Mieres y luego a la senadora Payssé, a los efectos de que la fiscalía pueda

contestar las interrogantes y realizar aclaraciones, y luego dejaríamos para el debate de la comisión el tema de los artículos.

SEÑOR MIERES.- Quizás me perdí en la explicación, pero quiero consultar qué pasa con el texto original del artículo 144, que se llama «Medios de prueba», porque la propuesta de sustitución cambia el *nomen iuris* y tiene un texto diferente.

SEÑORA PAYSSÉ.- Siguiendo el planteo que se estaba haciendo como consecuencia de las preguntas del señor senador Bordaberry, y repasando el texto nuevo que se propone, quisiera que me explicarán un poco más por qué en el literal a) se habla de prueba y en el b) de evidencias. ¿Es un tema semántico? ¿Por qué no están los mismos términos en los dos literales?

SEÑORA MARQUISÁ.- Empezando por la última pregunta, debo decir que coincido; la prueba es la que se produce. Aquí dice «elementos de prueba». Estamos hablando de evidencia; por lo tanto, perfectamente podría decirse: «La recolección de evidencia estará a cargo del Ministerio Público». De todas maneras, muchas veces se utiliza indistintamente «elementos de prueba», aunque después la prueba en sí es la que se produce en el juicio. Me parece que son cuestiones distintas, pero si queda más claro, perfectamente podría ponerse la palabra «evidencia».

SEÑORA PAYSSÉ.- Entiendo la explicación. Ahora bien, los literales a) y b) hablan de «recolección»; el literal a) se refiere a «la recolección de los elementos de prueba» y el literal b) a «recolectar sus propias evidencias». Quiere decir que hablan de lo mismo, esto es, de la recolección. Entonces, me gustaría saber por qué en un caso se habla de evidencias y, en el otro, de pruebas, y si se podrían poner en igualdad de condiciones.

SEÑORA MARQUISÁ.- Creo que es más ajustado poner en ambos casos «evidencia» y eliminar la expresión «elementos de prueba».

SEÑORA AYALA.- Dado el tiempo del que disponemos, propongo a los integrantes de la comisión que veamos con nuestros invitados los aspectos conceptuales y lo que realmente se quiere que quede plasmado, y luego nosotros, cuando demos la discusión, afinamos la redacción.

SEÑORA MARQUISÁ.- Con relación al artículo 144, que refiere a medios de prueba, lo que nosotros pretendemos es modificar el *nomen iuris* «Medios de prueba» por «Reglas probatorias». Por su parte, en el acápite se está haciendo la misma referencia al artículo 144, pero recientemente visualizamos que nos había quedado afuera el término «Constitución» y nos parece que se lo podemos agregar para que quede en sintonía con lo que establece el artículo 144. Lo que estamos haciendo luego es agregar las reglas probatorias.

SEÑORA PRESIDENTA.- De esta manera acabamos con las cuestiones referidas al artículo 144, por lo que pasamos al siguiente artículo.

SEÑORA MARQUISÁ.- El artículo 23 del repartido corresponde al artículo 158 y su acápite es «Reglas para el examen de los testigos». Hemos trabajado bastante en este artículo que plasma la forma en que se toman las declaraciones de los testigos en un sistema acusatorio. Había cuestiones que no quedaban bien reflejadas y llevaban a confusión, por lo que pensamos en hacerle algunos agregados. Principalmente, establecemos la distinción entre lo que se llama el examen directo y el contraexamen.

El examen directo es el que realiza la parte que presenta a un perito. Es decir, si la fiscalía, dentro de su *bonus* probatorio, piensa en tener una serie de testigos, estos van a ser testigos de la fiscalía. Entonces, cuando la fiscalía los interroga lo hace a través de lo que se conoce como el «examen directo», que son preguntas que hacen que esos testigos vayan relatando la teoría del caso del fiscal, es decir, van contando la historia de qué es lo que sucedió. Frente a esas preguntas bien abiertas a los testigos, realizadas por el fiscal o la defensa –porque cualquiera de las partes va a tener testigos a los que examinará–, se establece la imposibilidad de hacerle preguntas sugestivas, es decir, aquellas que de alguna manera están indicando cuál es la respuesta. Ese tipo de preguntas no están permitidas en un examen directo y eso también queda reflejado en esta nueva redacción.

Por otro lado, se establece la diferencia con el contraexamen o el contrainterrogatorio, y voy a poner un ejemplo. La fiscalía presentó sus testigos, les hizo el examen directo y luego la defensa quiere interrogarlos. Esto lo hace a través de la técnica de litigación que se llama el «contraexamen».

Cuando se hace el contraexamen, las preguntas que se realizan son distintas y tienen una índole diferente. En ese caso, sí, la norma establece la posibilidad de realizar preguntas sugestivas porque, justamente, lo que se está haciendo es demostrar esa debilidad que en este caso el fiscal no quiso mostrar o quiso ocultar alguna cuestión. Y lo que va a hacer la defensa a través del contraexamen es formular determinadas preguntas que, de alguna manera, van infiriendo una respuesta.

Entonces, este articulado pretende hacer esa diferenciación entre lo que implica el examen y el contraexamen.

En este caso también se establece que el tribunal solamente puede formular a los testigos preguntas aclaratorias. De alguna manera, esto va en consonancia con lo que hablábamos anteriormente acerca de las reglas probatorias. No se le permite al juez realizar preguntas ampliatorias, las preguntas que hace son aclaratorias por si queda alguna duda sobre lo que las partes están mostrando. El juez no hace preguntas, no amplía el interrogatorio de las partes. Aquí nos enfrentamos a un juez que, en realidad, no conoce el caso; no tiene un expediente y lo va llevando como sucede hoy en día. Es un juez al que le vamos a estar mostrando, es como si él fuera a ver una película de cine. El fiscal y la defensa, a través de las declaraciones de sus testigos, le van a ir dando todos los detalles y van a ir componiendo ese relato, esa historia que quieren que el juez conozca. Por tanto, él no va a hacer preguntas para seguir investigando; el juez no investiga. Lo que él va a poder hacer es preguntar para aclarar alguna cuestión o información que quedó oscura, pero, repito, no puede ampliar lo que las partes están diciendo. Y eso también se refleja en esta norma.

Por otra parte, este artículo también señala que el juez puede rechazar algunas preguntas, y se establece claramente que son las preguntas inconducentes, innecesarias, dilatorias, sugestivas, perjudiciales o agraviantes para el testigo, siempre que exista objeción de parte.

Este sistema tiene eso: trabaja y se desarrolla en función de lo que las partes proponen. Es un contradictorio, es un debate entre las partes, y lo que va a hacer el juez es resolver sobre las argumentaciones que ellas efectúen.

Por otro lado, puede llamar la atención el artículo 158.5 que habla del examen directo. Yo señalaba que no pueden formular preguntas sugestivas, pero sí hacer una referencia del testigo hostil. De pronto, esto puede ser algo novedoso para nosotros.

El testigo hostil es presentado por la parte –porque muchas veces no tiene otros testigos para presentar– y es el testigo que no va a ser amigable. Supongamos que la fiscalía está investigando un homicidio y el único testigo que tiene para traer es el amigo de la persona a la que se va a acusar porque estaba en la escena del hecho, se sabe que estaba, la Policía le dio esa noticia al fiscal y este tiene que llevar ese testigo para tomarle declaración. Cuando le va a tomar la declaración, evidentemente, no es un testigo amigable de la fiscalía porque sabe que sus declaraciones pueden llegar a incriminar a su amigo. Eso es lo que se llama *testigo hostil*.

Por tanto, la norma establece la posibilidad de solicitarle al juez, cuando tengamos un testigo hostil, tanto sea de la fiscalía como de la defensa –si es que no podemos no llamarlo a juicio e, inevitablemente, tenemos que llamarlo para solicitarle su declaración–, que nos permita interrogarlo a través de preguntas sugestivas porque, evidentemente, ese testigo no va a contar el relato que pretendemos porque no va a ser amigable con respecto a nuestra teoría del caso.

Eso es lo que significa *testigo hostil,* y se establece la posibilidad de hacerle ese tipo de preguntas sugestivas que son características del contrainterrogatorio que presenta la otra parte. Acá se trata de la misma parte, pero puede solicitar formular ese tipo de preguntas porque, de alguna manera, inducen a una respuesta.

Con respecto al numeral final, este refiere a las declaraciones testimoniales. Las que son prestadas en la investigación penal, evidentemente, no constituyen prueba; solamente lo serán si se toman como prueba anticipada. Es una cuestión que es lógica, también, en la regla probatoria. Dijimos que ninguna declaración realizada en la etapa indagatoria puede ir directamente a juicio, tanto cuando la fiscalía o la defensa entrevistan a un testigo, sino que tendrán que hacerlas producir en el propio juicio. Y solamente podrían ingresar al juicio si se las toma como declaración anticipada.

SEÑORA PAYSSÉ.- Quiero formular algunas preguntas.

En primer lugar, me gustaría saber qué significa la expresión: «acreditar a los testigos sobre sus datos personales». En lo personal, prefería la redacción anterior. Incluso ahora, que se han puesto tan detallistas en esta comisión institucional y prácticamente están reglamentando la ley que fue aprobada a sugerencia de ustedes, me llama la atención que se establezca «acreditar a los testigos sobre sus datos personales», cuando en el texto anterior se explicaba a qué se aludía al hablar de datos personales.

Eso, como primera observación.

En segundo término, quiero decir que la expresión «testigo hostil» viene de afuera porque en nuestro país no se utiliza. Seguramente, me dirán que estamos incorporando una nueva metodología y se hace imprescindible la adecuación. Ahora bien, habría sido bueno que en 2014 se hubiera manejado la expresión «testigo hostil» para haberla incorporado y aprobado la ley con dicha figura y con todo lo que viene detrás de ella.

Por último, en el artículo 158.4 se expresa: «El testigo no podrá leer notas o apuntes a menos que el tribunal lo autorice». Daría la impresión de que a nadie le resultó insuficiente lo consagrado en esta disposición. Más allá de lo que determina el nuevo personaje del testigo hostil, ahora se agregan cosas que me gustaría saber si son imprescindibles en una ley. Me refiero, por ejemplo, a lo que establece el último inciso del artículo 158.5 en cuanto a que el juez deberá abstenerse de interrumpir el interrogatorio, salvo que medie objeción de parte o bien resulte necesario para mantener el orden y el respeto al testigo, etcétera. Digo esto porque, dentro de poco, tendremos que decir de qué color es la silla en la que se deben sentar el juez o el fiscal, a los efectos de tener todo fríamente calculado.

Reitero lo planteado en otra ocasión: ¿qué es lo imprescindible y qué es lo accesorio?

SEÑOR BORDABERRY.- En el mismo sentido de las dos primeras apreciaciones que hizo la señora senadora Payssé, quiero decir que «acreditar» representa un cambio más profundo de lo que parece. Me explico: antes se interrogaba al testigo y era él quien, asumiendo sus propias responsabilidades, decía todo lo que tenía para decir; esto es, si conocía al imputado, a los demás interesados, etcétera. Ahora, el que lo propone es quien debe decir que se llama de esa forma y dónde vive. O sea que se está cambiando la responsabilidad.

En fin, «acreditar» es dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece. Entonces, quien tiene que dar esa seguridad será el que lo propone, y no el propio testigo, que estará allí y es al que se le preguntará. Me parece que este es un cambio importante.

Con respecto a la figura del testigo hostil, me gustaría saber si está definida en algún lado porque debiera estar contemplada en la norma. Si –como se dijo– es amigo del acusado, obviamente, es un testigo hostil pero, ¿qué pasa si es amigo de la víctima? También podría serlo. Desde la perspectiva de los representantes de la Fiscalía General de la Nación se señaló que si es amigo del acusado es, por ende, testigo hostil. Pero si es amigo de la víctima… será testigo hostil para el otro lado. De no estar contemplado en alguna otra norma –quizá lo desconozco–, me parece que debería definirse la expresión: «testigo hostil».

SEÑORA MARQUISÁ.- Con relación al término «acreditar», el artículo 158.2 sancionado decía que se «procederá a interrogar al testigo» y luego se refería al nombre, apellido y demás. Podríamos decir que esta redacción, de alguna manera, tiene que ver con un sistema más inquisitivo. ¿A qué me refiero? Al

hecho de que es el juez quien le pregunta la edad, el nombre, la profesión, etcétera. Cuando en el artículo que estamos planteando se hace referencia a «acreditar», no significa que deba acreditarlo el fiscal o la defensa, y lo diga la defensa, sino que tanto el fiscal como la defensa cuando presentan un testigo, van a preguntar su nombre, edad, filiación, etcétera. Acá lo que se plantea es quién lo hace: no lo hace el juez, sino las partes, que van a acreditar esa situación, es decir, de quién se trata y demás. Porque en este sistema cualquiera puede ser testigo; entonces, la acreditación refiere justamente a eso: a quién es, cómo conoce el asunto y otros datos personales como la filiación, etcétera. Aquí la diferencia se plantea entre interrogar o acreditar. También podría decirse que interrogarán las partes. Es decir, lo que importa saber es quién lo hará, y lo harán las partes, que son las que tienen que acreditar a qué persona trajeron como testigo, porque los testigos son de las partes.

SEÑOR BORDABERRY.- Voy entendiendo hacia a dónde se quiere ir. Como es la parte a la que le corresponde probar, entonces será la parte la que tendrá que preguntar el nombre, etcétera. Ahora bien; esto puede interpretarse de esa forma pero también, leyendo este artículo, podría interpretarse que estamos poniendo una carga probatoria. Por lo tanto, me parece que debemos redactarlo de una manera más clara. Reitero que entiendo lo que se persigue, pero me parece que no es exactamente lo que dice el artículo. El texto expresa: «Corresponde a las partes acreditar a los testigos sobre sus datos personales y sobre toda otra circunstancia que sirva para apreciar su credibilidad». En realidad, esa tarea es del testigo, que si miente… Por eso me gustaba más la redacción anterior, pero, en fin, ya tomo nota.

SEÑORA MARQUISÁ.- En cuanto a la figura del testigo hostil, concretamente no puedo decirles dónde está regulada, aunque sí he leído en doctrina cómo se establece en los distintos sistemas. Exactamente no sé si el concepto de testigo hostil está recogido con una definición en otra norma procesal; no me animo a decirlo ahora porque no lo tengo presente. Ahora bien; creo que un testigo hostil puede existir el cualquier sistema, el tema es cómo interrogarlo, eso está señalado acá y es lo que marca la diferencia. Se entiende que para interrogar al testigo hostil hay que hacer preguntas de otro tenor. ¿Qué es lo que sucede en estos sistemas? Cuando uno tiene un testigo que no va a ser amigable a su teoría, evidentemente intentará no traerlo y pensar en otro testigo, pero a veces no tenemos más remedio que traerlo porque no tenemos otro testigo. En ese caso se pide al juez que habilite una forma de interrogatorio diferente a la habitual y natural que se emplea cuando se trata de un testigo traído por la parte.

SEÑOR MICHELINI.- No es que no entendamos la figura del testigo hostil, que puede pasar que deba ser interrogado obligatoriamente porque estuvo presente en los hechos o porque lo trae una parte y es hostil para la otra. Lo que queremos saber es cuándo se define el modo de interrogatorio diferente, a emplear en ese caso. Sabemos que, según lo establecido, no estarán permitidas las preguntas impertinentes, inconducentes, irrelevantes y demás; entonces, ¿cuándo se define que sí pueden hacerse esas preguntas? Capaz que esto está en otra parte, en otro artículo, y no lo he advertido, Y, tal vez, la expresión «hostil» no sea la mejor, pero, en todo caso, debería predefinirse. No convendría que en el medio del interrogatorio, ya sea de la fiscalía o de la defensa, unos lo estuvieran haciendo de una manera y otros de otra sin haber identificado en qué condición se iba a interrogar.

SEÑORA PAYSSÉ.- Por mi parte, voy a volver sobre el tema del testigo hostil. Según la lógica que se está siguiendo, testigos hostiles pueden existir ahora, pero también existían con el sistema inquisitivo. Sin embargo, nunca fue tipificado de esa forma. Mi pregunta tiene que ver con el hecho de que la definición de testigo hostil debería estar en algún lado. En caso de que haya necesidad de incorporarla –por el momento me limito a analizar la situación– debe quedar claro que esta circunstancia puede haber pasado también con el sistema inquisitivo y nunca se nos ocurrió pensar en una definición de esa naturaleza. Pienso que puede haber testigos que cumplieran con estas circunstancias que ahora aparecen y que, dentro de nuestro sistema uruguayo –reitero: uruguayo; porque en las seriales aparecen los testigos hostiles–, nunca fueron registrados como tales, al menos que yo tenga conocimiento. Entonces, pregunto: ¿se está incorporando esto porque es imperioso para el sistema acusatorio? ¿Testigos hostiles, con esta definición que aparece acá subrepticiamente, no hubo antes de que tuviéramos aprobado el CPP?

SEÑOR BORDABERRY.- Los artículos 157 y 158 del Código General del Proceso hablan de los testigos sospechosos. En concreto, la primera de esas disposiciones expresa: «Constituyen declaraciones sospechosas las de aquellos que, en concepto del tribunal, se encuentren en

circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas similares». El artículo 158, por su parte, habla de las pruebas de las circunstancias de sospecha y finaliza expresando lo siguiente: «El tribunal, al valorar la prueba, tendrá en cuenta las circunstancias sospechosas que disminuyen la fe de quien presta la declaración». Creo que si vamos a hablar de testigo hostil deberíamos tener, por lo menos, una declaración similar a esta que está prevista en el Código General del Proceso. Precisamente, este código no los llama hostiles, pero sí sospechosos, y me parece que es de lo que estamos hablando. Repito, si vamos a incluir esto deberíamos tener una declaración de esa índole.

Discúlpeseme mi formación civilista y no penalista, por la que de repente me estoy salteando algo, pero creo que es como acabo de señalar.

SEÑORA PRESIDENTA.- Estamos innovando, señor senador.

SEÑORA MARQUISÁ.- Quiero hacer dos puntualizaciones. Cuando hablamos de testigo hostil, puse de ejemplo a la fiscalía, porque soy fiscal, pero cabe aclarar que también puede haber un testigo hostil por parte de la defensa. Por eso, pienso que el señor senador Bordaberry, en definitiva, hablaba de lo mismo. Esta es una calidad de testigo que puede ir para una u otra parte.

En segundo término, con relación a si esto debe estar regulado, está claro que va a haber muchas normas sobre las que podamos preguntarnos si son uruguayas o no. Pero hay que tener presente que nuestro sistema inquisitivo de hoy no nació de la nada, o sea que también viene de otras regulaciones. Y con el que se plantea sucede lo mismo. Ciertamente, podría pensarse que lo del testigo hostil requiere una regulación distinta o debería plantearse de una mejor manera. En ese sentido, estoy convencida de que hay muchas cosas que la práctica va a ir resolviendo, porque quien debe determinar la hostilidad o no del testigo es el juez, y será él quien resuelva cuando la parte se lo pida.

SEÑORA SAMPAYO.- Quisiera hacer un comentario sobre la referencia al testigo hostil en el sistema inquisitivo. En este sistema no existe una regulación sobre cómo se debe interrogar a los testigos, es decir, si se trata de un examen directo o de un contraexamen, como sí se distingue en un sistema acusatorio. En el sistema inquisitivo todos los testigos, sean testigos que vienen a dar prueba de cargo o de descargo, pueden ser interrogados de la misma forma. Todos los testigos de un caso penal se interrogan de la misma forma y se utilizan tanto preguntas abiertas como sugestivas. No existe esta distinción de interrogarlos de una forma según sean pruebas de cargo, de la fiscalía, o de otra forma, si son prueba de la defensa, que es lo que nos trae el sistema acusatorio. Como esa distinción no existe, no es necesaria la definición de testigo hostil. Puede ocurrir que un testigo no quiere contestarnos. Por ejemplo, en el actual sistema inquisitivo podemos tener un testigo que es fundamental, que sabe mucho, pero que está medio reticente a contestarnos, y el juez, que es quien interroga hoy porque es quien dirige, lo puede interrogar con preguntas sugestivas. Es algo que no está prohibido, porque el juez a todos los testigos los puede interrogar con cualquier tipo de preguntas: abiertas, cerradas o sugestivas. No hay una distinción del tipo: «para estos testigos, estas preguntas» y «para estos otros testigos, estas otras preguntas». En cambio, en el sistema que se viene sí. En principio, en el sistema que se viene, cada parte, al testigo que presenta –la fiscalía a sus testigos y la defensa a los suyos– lo va a poder interrogar solo con preguntas abiertas, nunca sugestivas, o sea, solo con preguntas del tipo: cuénteme qué pasó, qué vio usted. Pero si se trata de un testigo hostil, cuando le pidamos que nos cuente qué pasó, dirá, por ejemplo: «Bueno, el 5 de junio estaba sentado y pasó un auto y se chocó con otro», y no va a decir nada más, porque se trata de un testigo hostil que no está queriendo contar lo que vio porque quizás sea amigo del imputado. Entonces, para poder preguntarle más concretamente el hecho a ese testigo, necesito que sea un testigo hostil y, así, preguntarle de forma sugestiva. Poder preguntarle, por ejemplo: «¿Es cierto que usted vio que el auto de color rojo fue el que impactó contra el de color azul?». Es una pregunta sugestiva. Pero si yo no tengo esta habilitación del testigo hostil no se la puedo hacer a un testigo que traje. Estoy explicando por qué viene esto.

En lo que respecta a si es necesario o no regularlo en el código, quizás si no se pone nada después la práctica de la litigación oral nos lo deja traer a la cancha, por decirlo de algún modo.

SEÑOR MICHELINI.- No es que se cambie la regla vital. Empieza como no hostil y termina como hostil.

SEÑORA SAMPAYO.- En realidad, la idea de los testigos hostiles, o por lo menos como lo hemos visto funcionando, es la siguiente. Supongamos que se trata de un testigo mío, de la fiscalía; empiezo interrogándolo como no hostil, como un testigo común, porque es uno que traje al caso. Pero si cuando lo estoy interrogando surge que no quiere contestar nada de lo que le estoy preguntando, de los elementos esenciales que necesito probar con ese testigo, ahí voy a tener que pedirle al juez que me lo defina como testigo hostil, que lo entienda así para que me permita interrogarlo como testigo hostil y de esa manera poder hacerle preguntas sugestivas. Es decir, si ese testigo es o no hostil es algo que generalmente se ve en la propia audiencia. Si lo sé de antes lo puedo pedir, pero a veces puede suceder que en la audiencia tenga que hacer la solicitud de habilitación para interrogarlo como testigo hostil.

SEÑORA PRESIDENTA.- Está suficientemente explicado. Después nosotros nos daremos la discusión que debamos darnos sobre el artículo 158.

Avancemos.

SEÑORA MARQUISÁ.- Paso al artículo 22 del comparativo, referido al artículo 164.

SEÑORA PRESIDENTA.- Se corresponde con el artículo 24 de la propuesta del FA.

SEÑORA MARQUISÁ.- Exactamente. Refiere a la declaración de la víctima y alude a las víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años y personas con discapacidad.

Con relación a este artículo también se hicieron algunas modificaciones en el proyectado porque entendíamos que el texto sancionado de alguna manera confunde la filmación de la entrevista pericial con la declaración de la víctima. En este artículo, en el sancionado, se expresa que aquellas personas que sean víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años, personas con discapacidad física, mental o sensorial, la filmación de la entrevista pericial efectuada a la víctima en la etapa de la investigación, podrá incorporarse como prueba testimonial. El numeral primero se mantiene y, en el caso del numeral segundo, como decíamos, el sancionado de alguna manera confunde la entrevista pericial con una declaración de la víctima. Entonces, en el sancionado se estaba permitiendo que la filmación de la entrevista pericial en la etapa indagatoria operara como una prueba testimonial y se incorporara de esa manera al proceso. Lo que nosotros planteamos es que una cuestión es la entrevista que le hace un perito a la víctima y otra cosa es su declaración testimonial. Por lo tanto, proponemos hacer esa diferenciación. Lo que se establece es que, para estas víctimas, la declaración que se les realice a nivel del proceso sea recibida por un funcionario especializado y sin presencia de partes. Es decir, se trata de no confundir lo pericial para después incorporarlo como una prueba testimonial. En definitiva, pretendemos que la declaración de la víctima como esa prueba testimonial pueda ser receptada por un funcionario especializado, sin presencia de las partes, con la utilización de la cámara Gesell o algún otro medio técnico que permita el control por las partes. También se establece la posibilidad de que se prescinda de estas situaciones si hay opinión favorable del representante del menor. Y en caso de que en la etapa indagatoria se tome una declaración a la víctima, para no revictimizarla, la idea es que se la tome como prueba anticipada y se la incorpore al proceso.

SEÑOR BORDABERRY.- ¿Por qué se introdujo esa novedad de que solamente se puede recibir como prueba anticipada?

SEÑORA MARQUISÁ.- Lo que se pretende es que cuando a una víctima se le recibe una declaración en la etapa indagatoria, esa declaración pueda ser tomada como una prueba anticipada, con el control de las partes, para no revictimizarla y hacerla volver a ir al proceso y tomarle una nueva declaración. Es decir, la declaración de la etapa indagatoria se toma como prueba anticipada. Se toma una sola vez

declaración a la víctima. Esa declaración, insisto, se toma como prueba anticipada, con el control de las partes, y después se incorpora al proceso y no tiene que volverse a producir. Esto es lo que indica el artículo 213, que, por supuesto, también tiene un literal que hace referencia a este artículo 164.

SEÑOR BORDABERRY.- ¿Por qué hay una diferencia con lo que estaba previsto antes?

SEÑOR MARQUISÁ.- Se agrega al artículo 213, que establece los supuestos de prueba anticipada, un literal d), que hace referencia al artículo 164.2.

Esto viene a salvar lo que tantas veces hemos comentado en el proceso penal: que hacemos a las víctimas ir transitando distintas instancias. Y en este caso hablamos de víctimas especiales, porque hablamos de víctimas de delitos sexuales menores de 18 años o personas con discapacidad física, mental o sensorial. Lo que se pretende es que no vaya en dos oportunidades y lo confundía con la prueba pericial.

SEÑORA PRESIDENTA.- Corresponde considerar el artículo 169, artículo 25 del texto del Frente Amplio y artículo 23 del comparativo.

SEÑORA MARQUISÁ.- Lo que se establece, en términos generales –después se puede aclarar alguno de los puntos del artículo–, es que el reconocimiento, además de en la instancia del proceso, en el juicio mismo, puede realizarse como una técnica de investigación. Eso es lo que pasa con este código, que de pronto no distinguió, por un lado, las técnicas de investigación y, por otro, los medios de prueba a desarrollarse y producirse en el juicio. Entonces, lo que se pretende es que exista la posibilidad de utilizar el reconocimiento como una técnica de investigación. Como un instrumento de este tipo no requiere la autorización del juez, lo puede ordenar el fiscal; siempre que la defensa esté afín a la realización de un reconocimiento de este tipo, no necesitaría la autorización judicial. Por supuesto que si hablamos de un reconocimiento que se efectúa en la etapa del juicio, sí necesita la intervención y la orden del juez, y se realiza como prueba. Esta que se está recogiendo como técnica de investigación tiene el valor, precisamente, de una técnica de investigación: es el valor de evidencia y para producirse en el juicio habrá que llevarla a juicio. En estos casos, evidentemente, se habilita este tipo de técnica; después habrá que ver si a la Fiscalía le interesa o no utilizarla. Pero, además de un medio probatorio, se está habilitando la posibilidad de utilizarla como una técnica de investigación en la etapa de investigación.

SEÑOR BORDABERRY.- En los literales b) y c) veo una incongruencia. En el literal b) se establece: «b) se le indicará al testigo que el imputado puede o no estar presente en la rueda de reconocimiento», mientras que en el c) se dice que el imputado va a estar. Creo que el imputado va a conocer la ley y por más que le digamos que puede o no estar, sabe que va a estar.

SEÑOR MIERES.- En el literal a) del actual artículo 169 se establece expresamente que cada testigo lo hará por separado, pero eso desaparece en la nueva versión, siendo que parece razonable mantener esa cautela con respecto a cómo se realiza el reconocimiento de personas.

SEÑORA MARQUISÁ.- En el numeral b) se le indica al testigo que el imputado puede o no estar presente justamente para que no vaya ya pensando que tiene que individualizar a alguna de las personas que están ahí; es para que se sienta libre de decir que no lo reconoce. Se trata de una regla que se le establece al testigo: «Sepa que puede estar o no. Usted identificará si la persona que señala es o no la persona que reconoce». La idea de que esté establecido es en ese sentido. En realidad puede o no estar. Es una regla que se le tiene que indicar. Ahora, el hecho de que la rueda esté conformada por el imputado es porque si no nadie lo podría reconocer; es decir que de alguna manera el imputado debe estar cuando se hace la rueda.

Realmente hay que recoger el planteamiento del señor senador Mieres porque cada testigo tiene que hacerlo por separado. Si eso no está, debería quedar incluido en la norma.

SEÑORA PRESIDENTA.- Deje la constancia que nosotros lo incorporamos.

SEÑORA MARQUISÁ.- En materia probatoria hay tres artículos que, a nuestro juicio, deberían ser derogados.

SEÑOR MIERES.- Me quedó una duda sobre el artículo 169.3, que establece: «Durante la indagatoria preliminar el fiscal podrá ordenar la realización del reconocimiento, sin orden ni presencia del juez, pero siempre en presencia de la defensa». No sé por qué se prevé esa circunstancia. ¿Estamos hablando de indagatoria preliminar?

SEÑORA PRESIDENTA.- Nos estamos refiriendo al artículo 169.3, artículo 27 del repartido.

SEÑOR MIERES.- Allí está establecida la precisión de que puede realizarse sin orden ni presencia del juez.

SEÑORA MARQUISÁ.- Hace unos instantes he señalado que lo que se está recogiendo en este inciso es el reconocimiento como técnica de investigación. Y como tal, se la diferencia del reconocimiento como medio de prueba. Como técnica de investigación no es necesaria la participación del juez, pero sí la de la defensa.

SEÑORA PRESIDENTA.- Para terminar con la parte probatoria, la doctora Marquisá va a hacer referencia a las derogaciones, que en el repartido del Frente Amplio figuran al final, como artículo 98, y en el comparativo como artículo 64.

SEÑORA MARQUISÁ.- Me voy a referir a los artículos 166 y 167 del código sancionado, que refieren a las reglas del careo.

El instituto del careo no se compadece con un sistema acusatorio. En etapa de careo es el juez quien interroga a los testigos y no son las partes las que toman la iniciativa. Entonces, no parece pertinente utilizarlo como un medio probatorio aunque sí podría utilizarse como técnica de investigación. Si, por ejemplo, la fiscalía quisiera carear a un testigo con otro y la defensa se aviniera, podría realizarse un careo como técnica de investigación, pero no debería estar establecido como un medio probatorio en este sistema.

Con referencia a estos artículos, quienes hemos hecho turnos penales sabemos que en realidad no es un instituto de gran utilidad porque muchas veces un testigo se siente intimidado por otro. Por lo tanto, en muchas oportunidades el careo no da resultado aunque esté el juez presente, y los operadores jurídicos terminamos no solicitándolo porque no podemos obtener nada. Muchas veces hay testigos que están en inferioridad de condiciones y de alguna manera son amedrentados, hasta con una mirada, o se sienten vulnerables al momento de realizarse el careo.

Esa es la fundamentación de no incorporar o de dejar de lado y derogar esta norma.

El otro artículo que señalamos que debería derogarse es el 179, que está en sede de prueba pericial. Si bien creo que muchas veces hemos hablado sobre este punto y nos parece que hay varias normas que podrían ser modificadas, alcanzaría con pensar solamente en descartar la remisión que hace el Código del Proceso Penal al Código General del Proceso. ¿Por qué? Porque en un sistema acusatorio los peritos lo son de partes y no auxiliares del juez. El juez nunca va a llamar a un perito para que lo auxilie, para que con su *expertise* le dé conocimiento de lo que necesita saber. Las partes presentarán a sus peritos, que serán interrogados, por un lado, con el informe que lleven, para luego ser examinados como un testigo a fin de que aclaren ese informe que han realizado y presentado. Es decir, entendemos que la remisión no se debería realizar al Código General del Proceso, justamente por tener una naturaleza absolutamente distinta en un sistema y en otro.

SEÑOR BORDABERRY.- ¿Usted dice que los peritos son de parte en el proceso civil?

SEÑORA MARQUISÁ.- No, en el proceso penal.

SEÑOR BORDABERRY.- Está claro entonces el fundamento porque en el proceso civil no lo son.

SEÑORA MARQUISÁ.- Pasamos a ver algunos artículos –que creemos deberían ajustarse– que han quedado sueltos y que no ubicamos en ninguno de los ejes temáticos que hemos mencionado hasta ahora.

El primero de ellos dice relación con el artículo 142 del código.

SEÑORA PRESIDENTA.- Es el artículo 21 del material preparado por el Frente Amplio, por el que se sustituye el artículo 142 de la Ley n.º 19293, de 19 de diciembre de 2014, Código del Proceso Penal.

SEÑORA MARQUISÁ.- Es el artículo 19 del comparativo.

SEÑORA PRESIDENTA.- Estamos pues en el artículo 19 del comparativo, que figura en la página 17, que es el 21 del repartido preparado por el Frente Amplio y por el que, reitero, se sustituye el artículo 142, certeza procesal.

SEÑORA MARQUISÁ.- Este artículo sobre certeza procesal establece justamente el concepto de plena prueba que debe tener un juez al momento de dictar una sentencia. Entonces, como ya se sancionó un proceso distinto –el proceso abreviado, que está regulado en los artículos 272 y siguientes del código sancionado–, debíamos hacer un agregado en esta instancia porque en los procesos abreviados no se produce prueba y, por tanto, quedaría una incongruencia. Debíamos incorporar, pues, esta norma en cuanto este concepto de certeza procesal de plena prueba no se compadece con un proceso abreviado en el cual no se va a producir prueba. Por tanto, aquello que se sancionó debería ajustarse en este artículo y excepcionar el proceso abreviado de este concepto de certeza procesal y plena prueba.

Creo que a nivel doctrinario esto está entendido y está zanjada la situación, pero pensábamos que debía estar.

SEÑORA PRESIDENTA.- Si no hay comentarios sobre esto, avanzamos.

SEÑORA MARQUISÁ.- En el artículo 28 del comparativo –que es la modificación del artículo 230–, que figura como artículo 30 del documento del Frente Amplio, se hace referencia a la prisión preventiva, pero no al tema de la prueba sino a dónde se realiza. Como se pasa a un proceso oral y por audiencia, aquí lo que se ajusta es que la tramitación y la resolución de la prisión preventiva deben hacerse en audiencia. El artículo sancionado establecía que esto podía formularse por el fiscal en audiencia o fuera de ella. Lo que se hace entonces ahora es un ajuste para entender que todo el proceso se realiza a través de las audiencias orales y públicas. Entonces, acá se hace referencia a que no se solicite la prisión preventiva fuera de audiencias. Cuando hablamos de la audiencia de formalización, donde se puede pedir la medida cautelar de la prisión preventiva, debe tratarse de una audiencia y no podría hacerse por escrito. Acá se está zanjando esa distinción.

SEÑORA PRESIDENTA.- Pasamos a considerar la sustitución del artículo 367, «Prueba en segunda instancia», que figura como artículo 44 del comparativo y como 54 del documento del Frente Amplio.

SEÑORA MARQUISÁ.- La modificación que se hace concretamente en este artículo tiene relación con las limitaciones que establece el artículo 253.2 del CGP para la prueba en segunda instancia. El Código General del Proceso tiene un artículo que limita la prueba en segunda instancia y en el código sancionado se establecía que se podía hacer prueba en segunda instancia sin las limitaciones del CGP. Acá se vuelve a establecer que se puede ir a la prueba en segunda instancia, pero con las mismas limitaciones que establece el Código General del Proceso, que son los documentos que se conocen con posterioridad, de fecha posterior o anteriores pero que no se hubieran conocido. En este caso se introduce la misma solución que establece el Código General del Proceso.

Ahora vamos a analizar el artículo 45 del repartido, que corresponde al artículo 382, referido a la mediación extraprocesal.

SEÑORA PRESIDENTA.- Es el artículo 55 del repartido del Frente Amplio.

SEÑORA MARQUISÁ.- La modificación que se postula acá –prácticamente han sido presentadas por las distintas unidades de género, tanto por la fiscalía como por el Poder Judicial– tiene que ver con limitar la mediación para determinadas situaciones, como los delitos de violencia sexual, explotación sexual, violencia doméstica y violencia basada en género. Es decir, no se permite la mediación extraprocesal.

SEÑOR MIERES.- Quisiera hacer un planteo sobre el artículo anterior, el 367, concretamente, que refiere a la limitación de la prueba en segunda instancia.

El artículo 253.2 del Código General del Proceso establece que los documentos aceptables son de fecha posterior a la conclusión de la causa. ¿Qué pasa si se trata de hechos que favorecen al imputado? Esa limitación de fecha tendría que tener una excepción, que en el caso concreto sería que los hechos posteriores que aparecen fueran favorables al imputado. No sé si me explico. Me pregunto si no habría que dejar una constancia de que debe haber una excepción vinculada al hecho de que sea favorable al imputado.

SEÑORA MARQUISÁ.- Creo que el 253.2 del Código General del Proceso contempla lo planteado por el señor senador Mieres porque expresa: «Las partes podrán solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia, tanto en el escrito de interposición del recurso como en el de contestación al mismo, exclusivamente en los siguientes casos:

1) Si se tratare de presentar documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores, cuando, en este último caso, se afirmare bajo juramento no haber tenido antes conocimiento de los mismos, circunstancia que apreciará el tribunal para admitir o rechazar la prueba. A tal efecto, podrá requerir o recabar la información sumaria que la acredite.

2) Si se tratare de acreditar hechos nuevos conforme con lo dispuesto por el artículo 121.2.

En todos los casos, se solicitará el diligenciamiento de la prueba correspondiente, conforme con lo prescripto por el artículo 118».

El artículo 46 del comparativo, que sería el 394 del código, establece, para los acuerdos reparatorios, la misma solución que mencionamos para la mediación extraprocesal.

SEÑORA PRESIDENTA.- Es el artículo 394, «Procedencia», que figura como artículo 56 en el texto del Frente Amplio.

SEÑORA MARQUISÁ.- Me queda un artículo más, que es el 59 del comparativo –que es un artículo propuesto por la fiscalía–, que refiere al artículo 29, «Competencia funcional».

SEÑORA PRESIDENTA.- Figura en el texto del Frente Amplio, en la última página, como artículo 93.

SEÑORA MARQUISÁ.- Este artículo refiere a la competencia funcional de las Fiscalías del Crimen Organizado.

¿Qué estamos postulando con esta reforma? Que las fiscalías de crimen organizado hoy existentes van a seguir trabajando con toda la materia que involucra al crimen organizado hasta el momento de la entrada en vigencia de este nuevo código, el 1º. de noviembre de este año. Es decir, esas Fiscalías del Crimen Organizado, con todos los asuntos que tienen, van a seguir trabajando. Lo que estamos postulando es una modificación para el momento en que entre en vigencia el código: que

la temática, la competencia que hoy tienen las Fiscalías del Crimen Organizado pueda ser trabajada con mayor especialización. Por lo tanto, estamos pensando en fiscalías –creo que ya lo ha manifestado el fiscal de corte en algún momento– que trabajen, por ejemplo, especialmente en el tema de drogas o en delitos sexuales e integridad de las personas, abarcando también la trata de personas. La idea es atender toda la materia de crimen organizado con una mayor especialización; reitero que eso será a partir del 1.º de noviembre de este año, cuando entre en vigencia este código. Lo que hoy está en sede de fiscalías con competencia en crimen organizado seguirá allí hasta terminar. Esto que estamos proponiendo tiene como objeto que en el futuro se pueda transformar una fiscalía de crimen organizado en fiscalías temáticas especializadas, que permitan un mayor conocimiento de una temática en concreto.

SEÑOR BORDABERRY.- Hoy en día existen la fiscalía y los juzgados de crimen organizado y es un fiscal de crimen organizado el que tiene a cargo todos los procesos antes los jueces. Si entendí bien, se propone que una vez que esté en vigencia el nuevo código, en los procesos nuevos no habrá fiscalías –obviamente, en los anteriores el fiscal sigue con la causa– de crimen organizado sino que se está pensando en repartir los asuntos según las materias.

SEÑORA MARQUISÁ.- Exactamente.

SEÑOR BORDABERRY.- Es una decisión funcional y luego nos dirán por qué consideran que esto es mejor.

SEÑORA PRESIDENTA.- Quedan todavía todos los primeros artículos desde el 96. Vamos a intentar avanzar lo más posible, pero si no logramos terminar tendremos que convocar a otra sesión para el próximo martes.

SEÑORA MARQUISÁ.- Por nuestra parte, podemos dejarles nuestro comparativo. Todos los artículos que no nombré –podemos mencionarlos uno a uno–, entendemos que pueden no estar incluidos en esta modificación y es posible estudiarlos a futuro.

SEÑORA PRESIDENTA.- Voy a detallar los artículos que para la fiscalía no sería imprescindible aprobar en esta primera instancia. Aclaro que los voy a nombrar según la modificación de los artículos del CPP, a los efectos de no tener problemas con la numeración. Estamos hablando de los artículos 96, 106, 111, 135, 137, 139 y 214.

Tengo una pregunta para la doctora Marquisá, porque nos quedaría sin tratar el artículo 96 del repartido del Frente Amplio que dice: «Lo dispuesto en el artículo 126 y en el literal b) del artículo 131 del Código Penal y sus modificativas y en los artículos 13 a 15 de la Ley Nº 19.446, de 28 de octubre de 2016, no se aplicará a los procesos penales que se regulen por el Código del Proceso Penal aprobado por Ley Nº 19.293, de 19 de diciembre de 2014».

SEÑORA MARQUISÁ.- En su momento se propuso la modificación, pero sucede que se plantea una norma que está en la parte sustancial del Código Penal y la estamos incorporando en el proceso penal. Esa era la dificultad que encontrábamos.

SEÑORA PRESIDENTA.- Entonces ese artículo también queda afuera.

SEÑORA MARQUISÁ.- Con relación al artículo 139 –que, como dijimos, no lo veíamos como fiscalía–, solo queremos señalar que hemos leído la versión taquigráfica de la comparecencia de los representantes de la Suprema Corte de Justicia y notamos que ellos hacen referencia a este artículo con un agregado que plantea una contingencia relativa al sistema Audire. En definitiva, no lo trajimos porque forma parte de una propuesta de ellos.

(Dialogados).

–Los otros artículos que la Suprema Corte de Justicia planteó están relacionados con el doble juez y fueron redactados –aunque creo que ahora hay alguna diferencia– en la Comisión Interinstitucional para la implementación del nuevo Código de Proceso Penal. Por supuesto que estamos de acuerdo con las modificaciones que introdujo la corte en algunos de los artículos, que solamente son de redacción.

SEÑORA PRESIDENTA.- La secretaría me plantea que no hemos tratado la modificación del artículo 213. ¿Quedaría incluido?

SEÑORA MARQUISÁ.- Así es, señora presidenta. Cuando tratamos el artículo 164, relativo a la víctima, dijimos que el literal d) ya agregaba la prueba anticipada.

SEÑORA PRESIDENTA.- Perfecto. Nos restaría analizar las modificaciones a los artículos presentadas por el señor senador Mieres.

SEÑORA MARQUISÁ.- De los artículos propuestos por el señor senador Mieres, el que entendemos necesario para la fiscalía es el primero, que no tiene identificación, pero expresa lo siguiente: «Agrégase al artículo 45 de la Ley N° 19.293 y modificativas de 19 de diciembre de 2014, el siguiente literal: "j) solicitar al Instituto Técnico Forense (ITF) los antecedentes judiciales del indagado o del imputado, según corresponda"». Esto es algo que nosotros también habíamos reclamado y en la comisión interinstitucional se hacía referencia a otra ley.

En realidad, en la etapa indagatoria es importante que la fiscalía sepa si la persona cuenta o no con antecedentes al momento de ver si se va a solicitar una medida cautelar. De modo que nos parece algo atinado y, por nuestra parte, redoblaríamos la apuesta agregando otro literal con el siguiente texto: «k) solicitar en forma fundada a las instituciones del Estado toda información disponible en sus registros que sea necesaria en el marco de las investigaciones que se encuentre realizando».

SEÑORA PRESIDENTA.- Este es el literal k)) que se agrega al artículo 45.

SEÑORA MARQUISÁ.- Efectivamente. Esto se basa en que hay algunas instituciones que pueden recabar información y, de otra forma, la fiscalía tendría que hacer convenios con todas las instituciones para que se la proporcionaran. Por supuesto que acá no estamos hablando de aquella información que requiera autorización judicial, eso es otra cosa; pero tratándose de información que no requiera tal autorización, la fiscalía debería acceder a ella con facilidad. Ese sería el texto que estaríamos planteando.

SEÑORA PRESIDENTA.- El señor senador Mieres presentó cuatro artículos aditivos más.

SEÑORA SAMPAYO.- El segundo artículo es el que propone modificar el 131.2 del CPP mediante una nueva redacción por la que se agrega, en la parte final del texto, lo siguiente: «con un plazo de seis días particular e improrrogable para cada uno».

Entendemos que ese plazo de seis días ya surge, en el código, del artículo 279.1 y por ende no sería necesario modificar esta norma. El artículo 279.1 dice que «La demanda incidental se planteará por escrito confiriéndose traslado por seis días». Como esta norma nos dice que se tramita como un incidente y el artículo 279 establece que el traslado por incidentes es de seis días, entendemos que no es necesario tocar el artículo 131.

La tercera modificación propuesta refiere al artículo 184.2 del CPP, por el que se regula el examen corporal del imputado. La redacción actual prevé que incluso sin el consentimiento del imputado puedan hacerse pruebas biológicas y mínimas intervenciones corporales, y el cambio que se propone es, justamente, la inclusión de la frase: «siempre que medie el consentimiento del imputado».

Por nuestra parte, entendemos que corresponde mantener la regulación que hoy tiene el artículo 184.2 donde dice: «aun sin el consentimiento del imputado», porque acá vamos a tener

siempre un juez de garantía que es el que va a dar la autorización para realizar estas pruebas biológicas o estas mínimas intervenciones corporales cuando el imputado se niegue. Es decir, no es que el imputado se vaya a negar y de todas formas se vayan a practicar porque la fiscalía así lo entiende, sino que se va a pedir al juez de garantía –dándole las razones que tenga la fiscalía para producir esa evidencia– que decida si se pueden practicar o no aun contra la voluntad del imputado. Un ejemplo de esto serían las extracciones de sangre o exámenes de orina que fueren necesarios para recoger la evidencia en algún tipo de delito sexual; negándose el imputado, si no tenemos la posibilidad de que un juez de garantía dé la autorización, podría lograrse que la investigación no siguiera adelante. El imputado se negaría y, como no se podría hacer, no se avanzaría en la investigación del delito.

La cuarta modificación presentada por el señor senador Mieres tiene que ver con el artículo 273.4 y prevé que el juez, al dictar la sentencia del proceso abreviado, «no podrá apartarse de la tipificación oportunamente solicitada por el Fiscal, ni imponer una pena diferente a la solicitada por este» […]. No compartimos esta modificación porque entendemos que el juez siempre puede, en beneficio del imputado, cambiar la pena solicitada por el fiscal. El principio de congruencia determina que no va a poder darle una pena mayor a la solicitada por la fiscalía, pero sí una pena menor en beneficio del imputado. Lo mismo entendemos que aplica con la tipificación; no va a poder aplicar una tipificación más gravosa que la solicitada por el fiscal pero sí una menos gravosa en la medida en que eso va a beneficiar al imputado.

SEÑOR BORDABERRY.- ¿Qué sucede si se aparta de la tipificación pero resulta que la pena es diferente de la prevista en la tipificación que pidió el fiscal? No sé si se puede dar ese supuesto.

SEÑORA SAMPAYO.- Sólo se podrá apartar de la tipificación en la medida en que no perjudique al imputado. Si ese apartamiento de la tipificación implica una pena mayor, no podría realizarlo en ningún caso. O sea, siempre puede apartarse de la tipificación o de la pena pero siempre en beneficio del imputado y nunca perjudicándolo. Esa es la regla que se aplica para el dictado de una sentencia en un proceso penal común. Esta norma está en sede de abreviado, pero si vamos a las normas de sentencia en lo que es un proceso ordinario, penal ordinario o juicio oral, como va a suceder en este caso, se puede cambiar la tipificación o la pena pero beneficiando al imputado y nunca perjudicándolo.

SEÑOR BORDABERRY.- No tengo formación penalista –lo aclaro por enésima vez–, por eso hay conceptos que no domino. ¿Qué pasa si le cambia la tipificación por un delito mayor pero le impone la pena solicitada por el fiscal, que es menos de la mínima? Por eso creo que está bien la redacción diciendo que no puede cambiar la tipificación; no se cambia la tipificación para no aplicar una pena distinta. ¿Hay una relación entre tipificación y pena?

SEÑORA SAMPAYO.- Nunca va a poder aplicar una pena mayor a la pedida por el fiscal.

SEÑOR BORDABERRY.- Entiendo, pero se daría una incongruencia: se tipificaría un delito con un mínimo pero en realidad le estarían dando menos del mínimo porque no pueden modificarlo.

SEÑORA PRESIDENTA.- No es necesario que contesten ahora; también nos pueden contestar en versión escrita en caso de que necesiten conversarlo previamente.

(Se suspende momentáneamente la toma de la versión taquigráfica).

–Pasamos a considerar el último artículo presentado por el señor senador Mieres, que consiste en agregar un literal al artículo 393.

SEÑORA SAMPAYO.- La modificación propuesta al artículo 393, relativo a los acuerdos reparatorios, agrega que dentro de los 20 días siguientes a la fecha en la que se le presenta el acuerdo al juez, debe convocar a audiencia.

En la regulación actual no existe una norma que regule el plazo. Por lo tanto, compartimos que se establezca un plazo para saber que se va a hacer dentro de él y no se va a dilatar en el tiempo.

No obstante, entendemos que si se establece el plazo para convocar audiencia en los acuerdos reparatorios, también debería disponerse en la norma sobre suspensión condicional del proceso a prueba, que es un instituto similar a este, que funciona de forma muy parecida. Entonces, si en un caso hay un plazo para convocar a audiencia –de 20 días, como sucede acá–, habría que ponerlo también en la suspensión condicional del proceso. El artículo que habría que modificar es el 383, que regula la oportunidad en la que se puede arribar a una suspensión condicional del proceso. En ese sentido, se tendría que indicar el plazo para convocar a audiencia de forma similar a como se está regulando en el artículo 393.

Eso es todo.

SEÑORA PRESIDENTA.- Muy bien; les agradecemos mucho por su paciencia y por su contundencia.

Se levanta la sesión.

(Son las 14:55).